

PROFILI DEL CONTROLLO SUGLI ENTI DI REGOLAZIONE DELL'ATTIVITÀ ECONOMICA E PRODUTTORI DI SERVIZI ECONOMICI

di Fabio Cintioli

1. Per offrire un breve inquadramento, anche sul piano costituzionale, delle funzioni che la Sezione controllo enti della Corte dei conti esercita sugli enti che svolgono attività di impresa, il punto di partenza non può che essere la sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 1993. Non soltanto tale sentenza riconosce la qualità di potere dello Stato alla Corte dei conti, quale premessa per il suo svolgimento successivo di una vicenda processuale impostata, appunto, come conflitto tra poteri, ma soprattutto afferma due principi “maggiori”.

In primo luogo, la sentenza afferma che il controllo della Corte sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria si giustifica nell’ambito di quella puntuale funzione prevista dall’art. 100 Cost. L’interesse preminente che viene in rilievo è quello dello Stato. L’obiettivo è assicurare che siano soggette a vigilanza le gestioni relative ai finanziamenti che gravano sul suo bilancio, sottoponendole, in definitiva, ad una “valutazione informata” che viene sottoposta all’attenzione, al giudizio e, aggiungerei, alla centralità istituzionale del Parlamento.

In questo passaggio è interessante porre l’accento su due notazioni specifiche, che possono aiutarci nel prosieguo del ragionamento: con la prima si sottolinea l’importanza di quei profili collegati ad esigenze della finanza pubblica, ancorché indirettamente ricollegabili alla dimensione statale; con la seconda si constata come l’interesse dello Stato sia filtrato (e quindi in qualche misura “imputato”) al Parlamento. Il raccordo che si instaura è quello tra la Corte dei conti e la sua funzione referente, da un lato, e il Parlamento, dall’altro lato. Un legame ricco di implicazioni, come vedremo.

In secondo luogo, la sentenza n. 466 affronta un tema di grande rilievo sistemico e punta direttamente a far entrare nel quadro della cornice costituzionale la revisione della nozione tradizionale di pubblica amministrazione. Per definire che cosa sia, sul piano giuridico e costituzionale, la p.a., è necessario valorizzare non solo gli aspetti formali rispetto alla qualificazione soggettiva, ma anche – ed anzi soprattutto – quelli di tipo sostanziale. Come sappiamo, così si sono poste le basi per una vera e propria rivoluzione culturale nella nomenclatura del diritto pubblico. È cambiata in questo modo non solo la dimensione della p.a. – e con essa la latitudine applicativa del diritto amministrativo – ma anche il concetto stesso di impresa pubblica. Per molti versi, questo è stato un paradosso, perché proprio nel momento in cui si affermavano, a livello sia nazionale sia europeo, le politiche di privatizzazione e liberalizzazione, è accaduto che il diritto amministrativo si sia di pari passo allargato. Non senza generare qualche problema, in verità; penso, ad esempio, all’eccesso di gare pubbliche che ormai contraddistingue il nostro ordinamento e ad un certo appesantimento burocratico-procedimentale che è diventato, non senza erronee semplificazioni in verità, una notazione che appartiene ormai alla comunicazione mediatica non specialistica.

Da tutto ciò è derivato che la parola “ente pubblico” dell’art. 12 della l. n. 259 del 1958 si è molto evoluta. Il diritto speciale delle società pubbliche (o perlomeno, di alcune tra esse) è un elemento che le distingue dal diritto privato comune e che quindi ne rivela la perfetta compatibilità col controllo esercitato dalla Corte dei conti.

Partendo da questi due cardini della sentenza, possiamo passare a vedere come ciascuno di essi si sia evoluto. In questo modo, potremmo forse riuscire a brevemente tratteggiare attualità, problemi e prospettive del controllo sugli enti-impresa al giorno d’oggi.

2. Per ciò che attiene al primo profilo, è sufficiente guardare all’evoluzione della giurisprudenza costituzionale per cogliere i passi di un’evoluzione significativa.

Il tema generale dei controlli che vedono la competenza della Corte dei conti è evidentemente molto ampio e include perciò fattispecie sostanzialmente diverse. Ciò non toglie però che ci siano dei vasi comunicanti che possono aiutarci a definire come si sia assestato il ruolo della Corte dei conti nell'ordinamento per il profilo che qui ci interessa.

Ad esempio, la sentenza della Corte costituzionale sul controllo di gestione riguarda un istituto sì differente da quello del controllo sugli enti impresa, ma comunque caratterizzato da un'ineliminabile somiglianza istituzionale e funzionale. Ricordiamo in particolare la sentenza n. 29 del 1995 e rileviamo in essa che la Corte dei conti è chiamata ad operare non solo per lo Stato, ma anche per gli altri soggetti pubblici e in specie per le autonomie territoriali. Il controllo di gestione ha una base costituzionale molto vasta, perché si fonda anche sugli artt. 97, 28, 81, 119 Cost. La Corte, dunque, opera a servizio dello Stato-comunità per assicurare una garanzia e vigilanza sui conti pubblici.

Hanno fatto seguito gli interventi legislativi del 2011 e 2012, in una con la riforma costituzionale dell'art. 81 Cost. e l'attenzione al contenimento del debito pubblico.

Nella sentenza n. 39 del 2014 la Corte costituzionale si è soffermata sul controllo di legittimità e regolarità contabile nei confronti degli enti territoriali. La Corte dei conti – vi si scrive – opera in una posizione di neutralità e indipendenza e svolge una funzione che trova i suoi punti di riferimento non solo nell'art. 100, ma anche negli artt. 97, 81, 2, c. 1, l. cost. n. 1 del 2012: in primo piano è confermato l'interesse pubblico all'equilibrio dei bilanci e alla sostenibilità del debito pubblico anche in relazione ai vincoli posti dall'ordinamento Ue. La base costituzionale si conferma ancora una volta molto ampia.

La decisione riverbera le sue conseguenze anche sulla dimensione del controllo *ex art.* 12 della l. n. 259 del 1958. L'assemblea legislativa, che nella sentenza del 1993 aveva assunto una così netta centralità, assume nel corso del tempo i tratti e la rappresentanza dello Stato-comunità, appare come una vera e propria interfaccia dello Stato-comunità. Questo muta i connotati tradizionali della funzione di controllo. Mentre in partenza il controllo sull'atto amministrativo vede come suo punto di riferimento la naturale manifestazione dello Stato-apparato (“esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo”, si dice nell'art. 100 Cost.), nello sviluppo pluralista del sistema esso sposta la sua direzione verso i soggetti (enti territoriali, enti-impresa) e questo però, piuttosto che enfatizzare la natura amministrativa di una funzione di controllo, pare deviarla, appunto, verso l'espressione dello Stato-comunità

Si deve registrare anche una revisione e un adeguamento storico del carattere di ente ausiliario del Governo della Corte dei conti così come risultante dall'art. 100 Cost.

Ci appare oggi ausiliaria anzitutto la funzione, ancor più che l'organo, dato che quest'ultimo agisce in posizione di indipendenza. In altre parole, di fronte allo sviluppo pluralista dall'ordinamento, si allarga la portata dell'ausilio: la funzione ci appare ausiliaria rispetto ai corpi ed alle istituzioni nelle quali lo Stato-comunità, di volta in volta, si incarna. Nel dibattito successivo ai primi anni '90 si discute addirittura della assimilabilità della Corte dei conti alle autorità indipendenti.

Deve dirsi che questo tratto di indipendenza e autonomia della Corte se, da un certo punto di vista, è una *chance* per l'assunzione di un ruolo positivo nello sviluppo dell'ordinamento, per altro verso pone il rischio di lasciare la Corte troppo lontana dal Governo, cui per Costituzione il suo ausilio deve prestare. Il rischio è di incidentalmente allontanarsi troppo da quegli obiettivi di interesse pubblico, sovente ben concreti, che l'amministrazione “di risultato” deve comunque realizzare, per restare affidati ad un compito di garanzia della legalità che potrebbe restare talvolta troppo vago e quindi riempibile di contenuti variabili. Il problema più generale, molto presente nel dibattito attuale, è quello di non assecondare il fenomeno della burocrazia difensiva e di saper invece agevolare l'amministrazione che, in nome del risultato appunto, dovesse esercitare in modo effettivo la propria discrezionalità senza il timore di aver violato l'una o l'altra regola che potesse esser “cedevole” rispetto agli obiettivi di interesse pubblico se bene interpretata.

3. Per quel che attiene alla funzione referente (la funzione di referto) che caratterizza il controllo sugli enti, molto si è discusso circa il suo inquadramento.

Questa discussione ci appare come una naturale conseguenza dell'evoluzione della funzione complessiva di controllo, ancora una volta. Dato che essa si è ampliata e diversificata, trovando un anello di congiunzione in un raccordo tra la Corte e lo Stato-comunità, si sono aperti punti di vista differenti circa il modo in cui il referto si innesti in essa o da essa si diversifichi.

Molti parlano così di una funzione unitaria di controllo-conoscenza ed è da tale premessa che fanno discendere la considerazione del referto come atto non lesivo e non impugnabile.

Altri preferiscono descriverlo come espressione di una funzione separata dal controllo, che viene dopo di esso: in alcuni studi è descritta, appunto, come una funzione autonoma dal controllo; in altri si propende per una visione più tradizionale, che la classifica come un ausilio che viene dato al Parlamento in funzione di controllo politico sul Governo; in altri ancora viene spiegata come una funzione di autonomo supporto al Parlamento, che prescinde dal riscontro specifico di attività dell'esecutivo, volta a stimolare interventi legislativi adeguati e consapevoli.

Queste differenze di impostazione non sono prive di rilievo quando riguardano o soggetti che svolgono attività di impresa e che, magari, anche constando la partecipazione azionaria dello Stato, gestiscono dei servizi di interesse economico generale (c.d. Sieg) o magari assumono una presenza dominante sui mercati e con la loro azione contribuiscono alle sorti degli interessi generali della Repubblica, delineandone, nei fatti, la politica economica e l'assetto industriale. Basti pensare alle ferventi discussioni, che ricorrono da qualche anno, circa il futuro della rete digitale delle telecomunicazioni e circa il ruolo che le imprese controllate dallo Stato possano o debbano svolgere in questo campo.

L'importanza del referto, del resto, potrebbe essere accresciuta dalla circostanza che l'attività parlamentare spesso è poco informata, se non altro perché decisioni molto importanti sono ristrette nello spazio temporale del voto su un maxiemendamento sul quale, magari, è stata anche posta la fiducia governativa.

I contenuti di questo controllo, d'altra parte, sono ampi. L'ampiezza è insita nel concetto di assistenza di cui all'art. 12.

Piuttosto, quando si tratta di effettuare valutazioni che incrociano profili finanziario-economici è importante avere il giusto grado di cautela. Non si deve dimenticare, ad esempio, che il diritto societario conosce la c.d. *business judgement rule*, secondo la quale il sindacato giudiziale non deve incidere su valutazioni di opportunità e convenienza imprenditoriale che appaiono ragionevoli e motivate ad un controllo estrinseco e che sono il frutto della più genuina azione manageriale. Anche per il controllo della Corte dovrebbe valere una forma analoga di *self-restraint*, la quale, d'altra parte, non è affatto lontana da quella che connota la cognizione nei giudizi di responsabilità erariale per quel che attiene alla insindacabilità del merito amministrativo. L'unica diversità è che qui non si tratta solo di merito amministrativo, ma anche di gestione dell'impresa e di scelte che sono parimenti condizionate dalle logiche di mercato. È un aspetto che non va mai trascurato, a mio parere.

Per quanto concerne i poteri, la l. n. 20 del 1994 come sappiamo, nonostante il diverso fondamento costituzionale, ha arricchito il ventaglio dei poteri istruttori nella funzione di controllo-conoscenza: si possono formulare in qualsiasi momento osservazioni all'amministrazione, ai sensi dell'art. 3, c. 6; si può chiedere il riesame di atti non conformi a legge, ai sensi dell'art. 3, c. 8. Sarebbero, questi, poteri compatibili con la formulazione di rilievi *ex art.* 8 della l. n. 259/1958, una funzione-potere salvata dalla Corte cost. con la decisione n. 139 del 2001. Questo è interessante da ricordare, perché sembra saldarsi con la tesi che assesta la funzione di controllo nei termini di una funzione ausiliaria rispetto allo Stato-comunità.

4. Il dettaglio del potere e dell'esplicarsi della funzione sono rispettivamente ben descritti nella determinazione dell'8 febbraio 2018, n. 11, della Sezione del controllo sugli enti: si sottolinea l'importanza della continuità della funzione; se ne ricorda l'essenziale sinteticità; se ne invoca la costante esaustività.

La lettura dei referti dimostra i tratti variabili e concreti che assume l'assistenza *ex art. 12*: atti di indirizzo, spinte verso l'agevolazione istruttoria, soprattutto acquisizioni informative.

È un'attività, questa, che si colloca inevitabilmente al confine del principio di tipicità dei poteri amministrativi, il che ci porta ancora una volta all'idea del raccordo flessibile con le esigenze conoscitive del Parlamento e dello Stato-comunità. Tale attività, d'altra parte, conserva come oggetto anche dei profili misti finanziario-economici-contabili: voci di spesa, entità delle consulenze, vigilanza su eventuali fenomeni di improvvisa crescita dei costi, ricerca delle giustificazioni, ecc.

Si pone, poi, un problema di carattere generale, che concerne sia eventuali rilievi sia eventuali osservazioni e indicazioni contenute nel referto: ci si interroga su quali effetti giuridici possano e debbano produrre.

Il controllo, potremmo dire, si proietta sul referto e quindi non produce effetti impeditivi e/o vincolanti.

Questa risposta, tuttavia, potrebbe anche risultare semplicistica.

Infatti, pur non potendo approfondire il tema, mi sembra che un effetto giuridico comunque vi sia.

Si potrebbe pensare al fatto che in altri campi dell'ordinamento si sta consolidando una funzione amministrativa di c.d. *moral suasion*, che, pur partendo dall'assunto che una certa indicazione emanante da un'autorità amministrativa operante in posizione di indipendenza non ha effetto vincolante in senso proprio, nondimeno "è" nel campo giuridico ed esercita comunque un'influenza sul destinatario. Questo fenomeno, ad esempio, è proprio dell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) sia nel campo *antitrust*, sia nel campo delle pratiche commerciali scorrette, per le quali addirittura esistono apposite previsioni regolamentari e altrettanti moduli procedurali *ad hoc*. Ma si potrebbe anche richiamare il recente e vivace dibattito sulla c.d. *soft law*, che ha riguardato le linee guida non vincolanti di Anac, e non solo esse: atti amministrativi che enunciano direttive, indirizzi e che tuttavia non costituiscono una posizione di obbligo giuridico vero e proprio in capo al destinatario.

Ebbene questi atti, pur non essendo vincolanti in senso stretto, secondo le analisi dottrinali più avvedute producono sì degli effetti giuridici. In alcuni casi si parla della doverosità di un atto di avvio di un procedimento di autotutela, per valutare quei profili di illegittimità o non convenienza che nella direttiva o nelle linee guida siano stati indicati. O quantomeno di un dovere di motivazione rafforzata. In altri casi, si assume la possibilità che, al pari delle circolari, tali atti diventino oggetto di una cognizione, a seconda dei casi di tipo principale o incidentale, del giudice poi chiamato a valutare il concreto atto esecutivo.

Tutto questo dibattito può essere interessante e il referto potrebbe ricadervi. Non escludendo persino che possa riaprirsi la vecchia – ma difficile – questione dell'impugnabilità davanti al giudice amministrativo o davanti alla stessa Corte in altra composizione e futuribile (sul piano legislativo) sua apposita funzione.

Nel chiudere questa parte del ragionamento, si torna ad una considerazione che si era fatta in precedenza. L'importanza che il controllo sugli enti-impresa tenga adeguatamente conto della specialità del fenomeno interessato.

Gli enti sono impresa. E stanno sul mercato, e dei morsi del mercato avvertono tutte le conseguenze. Chi le guida deve tenerne conto e chi le controlla non deve sottovalutarlo, e questo non è solo un profilo di merito amministrativo ma una complessa valutazione di gestione imprenditoriale. Si torna a richiamare perciò la *business judgement rule* così saldamente riconosciuta dal giudice civile come suo limite alla cognizione processuale delle vicende societarie. Con essa, si ricorda anche il fatto che molte di queste imprese sono quotate nei mercati regolamentati e ciò, coinvolgendo in maniera ancor più diretta l'interesse della generalità dei risparmiatori, implica ancor più una cautela ed attenzione nella latitudine del controllo.

Anche le nozioni che derivano dal diritto comunitario dovranno sempre esser tenute in stretta considerazione. Ad esempio, non si deve dimenticare che, mentre l'organismo di diritto pubblico è

figura che per molti aspetti è effettivamente assimilabile ad una p.a., l'impresa pubblica, pur se assoggettata nei settori esclusi ad obblighi di gara ad evidenza pubblica, nondimeno al di fuori di questo tratto resta vera e pura impresa, da ogni punto di vista.

Per altro verso, il controllo potrà trovare anche nuovi e non meno interessanti spazi di analisi che sono collegati al diritto dell'Unione europea: ad esempio, si potrà prestare attenzione al regime giuridico che contraddistingue il Sieg ed ai vincoli che ne derivano secondo il canone di proporzionalità (e che proprio di competenze economico-contabili potrebbe utilmente avvalersi), pur senza dimenticare che l'ordinamento Ue affida una larga discrezionalità allo Stato membro nell'istituire aree di servizio pubblico; come pure al rilievo interno che, ai sensi del par. 3 dell'art. 108 del Tfeue ha il divieto di aiuti di Stato.

5. Veniamo adesso al secondo punto centrale della sentenza della Corte costituzionale del 1993: l'assunzione della società a partecipazione pubblica entro una nozione sostanziale di p.a. e l'espansione del controllo della Corte dei conti.

Anche su questo punto abbiamo avuto molte, anzi moltissime novità.

La sentenza del 1993 era stata pronunciata agli arbori del processo di privatizzazione degli enti pubblici economici. Era piuttosto evidente che la mera trasformazione dell'ente pubblico in società per azioni dava luogo ad una privatizzazione solo formale. Forse era sì nata un'impresa, ma non si era estinta la sua anima di pubblica amministrazione.

Dal canto suo, la Corte dei conti ha prontamente fatto osservare che l'esigenza sostanziale di rintracciare tale anima pubblicistica dell'impresa non poteva esser confinata ai soli casi di controllo pubblico c.d. "di diritto", imperniato sulla titolarità del 50 per cento più uno del capitale sociale. Doveva invece essere affermato il controllo anche nei casi di controllo di fatto, esercitato eventualmente grazie a clausole statutarie speciali sulla limitazione del peso degli altri azionisti. Si richiama, in proposito, la notissima determinazione n. 32 del 1996 sul caso Ina della Sezione del controllo sugli enti.

La questione, poi, come sappiamo si è adattata al caso delle società per le quali il controllo sostanziale dello Stato si è determinato non già grazie al controllo di diritto né grazie a clausole statutarie o patti parasociali, bensì sulla base di una speciale disciplina derogatoria. Si tratta dei poteri speciali dello Stato, in grado di paralizzare tentativi di scalate ostili. Questi poteri dapprima si sono basati sulla stessa presenza dello Stato azionista (la c.d. *golden share*) e poi – per effetto delle indicazioni vincolanti della Corte di giustizia Ue – si sono evoluti nella disciplina (dei c.d. *golden powers*) che, a prescindere dalla presenza dello Stato come socio, assoggetta ai poteri speciali di blocco quelle società che, ancorché con azionisti solo privati o indifferentemente anche con azionisti pubblici, abbiano un oggetto strategico per gli interessi della Repubblica (d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito dalla l. 11 maggio 2012, n. 56).

Comunque sia, per comprendere che tipo di evoluzione vi sia stata, e quali eventi si siano verificati nel corso di questi anni, essenzialmente due eventi vanno ricordati: il primo è la crescita del ruolo della società pubbliche, divenute sempre più diffuse nell'ordinamento, il che ha posto ancor più, come nella decisione del 1993 della Corte costituzionale, il problema di adattare ad esse quegli scampoli della disciplina del diritto amministrativo che fossero necessari; il secondo è il consolidarsi, per effetto del diritto dell'Ue, della nozione sostanziale di pubblica amministrazione e di una certa intercambiabilità delle due nozioni di ente pubblico ed impresa pubblica.

6. Sino agli inizi degli anni '90, beninteso, la figura della società a partecipazione pubblica totale o prevalente era tutt'altro che estranea all'ordinamento e alla vita concreta dei consociati. Da una parte, esisteva una disciplina civilistica che ne riconosceva l'esistenza, pur senza abbondare nelle deroghe al regime ordinario, dall'altra, nei rapporti socio-economici, l'interventismo di Stato aveva più volte utilizzato lo schermo societario per raggiungere i suoi obiettivi.

A partire dagli anni '90 è accaduto qualcosa di molto diverso. il dato rilevante consiste nella evidente *contaminazione pubblicistica* del regime giuridico delle società pubbliche. La dottrina, non a caso, ha utilizzato espressioni in sé molto significative, come quelle di impresa dimezzata o di so-

cietà-quasi amministrazione, alludendo così, già sul piano terminologico, ad una alterazione dello statuto classico dell'impresa.

Basti ricordare i seguenti capitoli: selezione del contraente mediante procedimenti identici a quelli applicati dall'amministrazione, mediante il riferimento, e comunitario e nazionale, alle figure soggettive dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica; applicazione dei principi del procedimento amministrativo *ex art. 1, c. 1-ter*, della l. 7 agosto 1990, n. 241; applicazione del diritto di accesso *ex artt. 22 e ss.* della l. n. 241/1990; selezione del personale mediante moduli di tipo procedimentale e concorsuale (o para-concorsuale); previsione di severi limiti ai compensi ed alla composizione numerica degli organi sociali; ingresso della giurisdizione amministrativa nelle controversie sulle gare per l'affidamento di contratti pubblici e sul diritto di accesso; sottoposizione di alcune società (soprattutto quelle *in house providing*) e persino dei suoi amministratori alla giurisdizione della Corte dei conti per la responsabilità amministrativa, nonché – appunto – al controllo della stessa Corte sulla gestione finanziaria; applicazione di gravose limitazioni all'attività ed alla proiezione dell'oggetto sociale e quindi (secondo le interpretazioni), alla capacità di agire o forse addirittura alla stessa capacità giuridica; previsione dell'applicazione alle società pubbliche delle medesime norme sulle consulenze esterne previste dallo statuto dei pubblici impiegati statali di cui al d.lgs. n. 165/2001; ancora, *last but not least*, sottoposizione al patto di stabilità e crescita interno e tendenza all'applicazione nei confronti delle società pubbliche del divieto di indebitamento non finalizzato a spese di investimento, previsto dall'art. 119 Cost., nonché dall'art. 3, c. 16, della l. n. 350/2003 unicamente nei riguardi degli enti pubblici. Il tutto poi ha finito per dar vita al c.d. testo unico delle società a partecipazione pubblica, d.lgs. n. 175 del 2016, che, nel riconoscere un apparente primato al diritto privato come fonte del suo regime, assoggetta però le società pubbliche a penetranti segmenti di disciplina propria delle p.a.

Tentando di sintetizzare al massimo, potremmo dire che vi sono stati almeno quattro interessi di ordine generale assunti dall'ordinamento e tutelati nei confronti della società pubblica mediante l'applicazione di altrettante norme che, contemporaneamente, erano anche dettate per l'amministrazione.

i) Il primo è quell'interesse che solitamente è riferito alla tutela della concorrenza *per* il mercato e che concerne la selezione dei contraenti compiuta dai soggetti che gravitano nella sfera pubblica. Vi è un interesse pubblico (assunto sul piano nazionale come comunitario) a che la distribuzione di utilità economiche da parte del soggetto pubblico abbia luogo in maniera non discriminatoria, paritaria e trasparente; ciò sia al fine di attuare i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento *ex art. 97 Cost.*, sia al fine di evitare il rischio di discriminazioni e disparità di trattamento nel mercato interno dell'Unione e, per tale ultimo aspetto, anche per salvaguardare la corretta competizione concorrenziale. Questo interesse è quello che sottopone le società pubbliche, corrispondano esse alla figura dell'organismo di diritto pubblico o dell'impresa pubblica, all'applicazione dei procedimenti di gara per la scelta del contraente.

ii) Il secondo profilo che sta a base dell'estensione del regime pubblicistico è l'interesse alla gestione imparziale e soprattutto parsimoniosa delle risorse pubbliche ed al contenimento degli oneri gravanti sulla spesa pubblica.

iii) Il terzo è l'interesse all'efficienza del servizio pubblico che costituisce spesso proprio il tipo principale di prestazione posta in essere dalle società pubbliche.

iv) Il quarto è l'interesse pubblico alla liberalizzazione dei rapporti economici, che però si è manifestato soprattutto nelle forme di un *favor* per la privatizzazione.

Avendo di mira la ritirata della sfera pubblica dall'economia e volendo spingere (pur se con qualche incoerenza e ripensamento) le società pubbliche fuori dal mercato, il legislatore ha spesso voluto penalizzarle, imponendo ad esse una riduzione perentoria della loro sfera d'azione, contenendo le loro possibilità di espansione sul mercato, sanzionando persino con la nullità quei contratti che non fossero strettamente connessi all'unica attività legittima ed "istituzionale" consentita dal le-

gislatore ed inserendo norme severissime indirizzate alla loro progressiva estinzione (se non giustificabili sulla base di un ristretto numero di finalità) nel t.u. del 2016.

7. Ricordiamo adesso come si è evoluto il punto di vista del diritto dell'Ue a proposito della nozione di p.a.

Il modo in cui il diritto europeo ha influito in questa vicenda può essere riassunto mediante due profili.

Il primo.

L'ordinamento comunitario, nel delineare il proprio regime dell'impresa, è indifferente alla veste formale pubblica e/o privata dell'operatore economico. Detto regime è identico per l'operatore economico *tout court*. Dunque, non solo la p.a. è legittimata, in via diretta o indiretta, ad entrare nel mercato in veste di imprenditore (quale che sia la natura formale del soggetto: ente pubblico economico, non economico, ente territoriale, società pubblica ecc.), ma ad essa troverà applicazione la medesima disciplina che vale per l'imprenditore privato.

Sicché l'ente pubblico o, per esso, la società in mano pubblica, quando agisce come imprenditore, dovrà rispettare le norme a tutela della concorrenza e la disciplina *antitrust*, le norme sul divieto di aiuti di Stato e le norme che impongono la scelta dell'appaltatore mediante selezione concorsuale inibendo l'affidamento diretto.

Pensiamo, ad esempio, all'impresa pubblica, in questa logica, come appaltatore e non come stazione appaltante.

Ricordiamo quindi che, secondo il giudice comunitario (che così si è pronunciato nella sua più alta espressione, la Grande Sezione, Corte di giustizia Ue 19 dicembre 2012, in causa C-159/11), la p.a. non può affidare un contratto di appalto in via diretta ad una università pubblica per solo il fatto che quest'ultima è una p.a. anch'essa. Sebbene quest'ultima abbia qualità di ente pubblico, quando si pone nel mercato quale operatore economico al pari degli altri, ossia se offre le stesse prestazioni che potrebbe dare un altro qualsiasi operatore economico e se, quindi, la prestazione *de qua* non è altro che una componente dell'oggetto contrattuale dell'appalto, non potrà sottrarsi ai vincoli procedurali che riguardano la scelta dell'appaltatore. La non applicazione di queste regole procedurali sarebbe possibile solo qualora, appunto, si trattasse di qualcosa di diverso dall'appalto (e di diverso, potremmo dire, proprio sul piano della causa negoziale), come quando più amministrazioni condividono contrattualmente un progetto di interesse pubblico che sia effettivamente, per loro, *commune*. Ed è ciò che accade, ad esempio, nel caso dell'art. 15 della l. n. 241 del 1990.

Veniamo al secondo profilo.

È ben noto che, per il raggiungimento dei propri obiettivi, l'ordinamento comunitario non si ferma, né mai si è fermato, davanti ai profili di qualificazione formale.

Il che ha fatto sì che il diritto europeo abbia sempre considerato la pubblica amministrazione come entità sostanziale, come aggregato di beni e interessi e compiti, a prescindere dalla relativa qualifica formale. In altre parole, per il raggiungimento dell'obiettivo dato, quando esso presuppone e coinvolge l'agire di una p.a., ecco che il diritto europeo, chiamato a disporre oltretutto per una pluralità di ordinamenti aventi tratti molto differenti tra di loro, considererà come pubblica amministrazione tutte quelle entità che sono sostanzialmente interessate e "rilevanti" in funzione dell'obiettivo stesso.

Per fare l'esempio più comune, il diritto europeo da molti decenni si è occupato del mercato dei pubblici appalti, in considerazione della sua rilevanza economica e del fatto che in esso potrebbero verificarsi più facilmente delle violazioni delle regole di libera concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento tra imprenditori degli Stati membri. Sicché esso coltiva la preoccupazione che la p.a. nazionale possa essere indotta ad affidare l'appalto, appunto, ad un'impresa nazionale ed a scapito delle imprese stabilite in altri Stati membri dell'Unione europea.

Ebbene, posto ciò, siffatta preoccupazione non sorge unicamente rispetto agli enti che abbiano la veste formale di p.a., ma anche nei confronti di quelle persone giuridiche di diritto privato che abbiano un particolare legame con la p.a. e che potrebbero ragionevolmente essere inclini a preferire

un'impresa nazionale. È naturale rispondere a questo tipo di considerazioni allargando la nozione sostanziale di p.a. oltre i suoi confini formali ed ampliando, del pari, lo spettro di azione delle norme che impongono gli obblighi procedurali per la selezione del contraente nell'appalto pubblico. E la nascita, di seguito, di nozioni come quella di *organismo di diritto pubblico*, che ci propone una qualificazione di p.a. di tipo sostanziale (e soprattutto conseguentemente "frammentata" e non totalizzante), ossia valida solo per agganciarvi l'applicazione di un certo segmento della disciplina di diritto pubblico.

È il fine sostanziale perseguito dal diritto europeo che condiziona il rilievo dei concetti giuridici.

Quando è in gioco una parte della disciplina comunitaria, essenzialmente le norme sulla concorrenza, sugli aiuti di Stato e sulla trasparenza dei rapporti finanziari tra gli Stati e le loro imprese, il diritto europeo accosta le imprese pubbliche alle imprese private.

Quando è in gioco un'altra parte di essa, ossia le norme sulle amministrazioni aggiudicatrici e sulla selezione dei contraenti della p.a., accosta le imprese pubbliche alle amministrazioni.

Queste due spinte dell'ordinamento comunitario aprono una frattura evidente nel muro divisorio che separava l'ente pubblico dalla società di capitali. Da una parte, ci ritroviamo con un regime dell'impresa che si applica, senza eccezioni, sia ad enti privati sia ad enti pubblici, enti pubblici economici e non economici, sempre che si propongano come operatori economici; dall'altra, con porzioni del regime delle p.a. che valgono anche per società a partecipazione pubblica.

È il modello che testimonia, appunto, la crisi della distinzione tra personalità giuridica privata e pubblica.

Di fronte a questo scenario abbiamo, allora, un esito che, pur così denso di novità mi sembra che abbia ben consolidato proprio quell'impostazione originaria della sentenza n. 466 del 1993.

L'approccio fatto caso per caso e quello sostanziale condizionano quello formale e prevalgono su di esso: anche quando si tratta di definire che cosa sia una pubblica amministrazione. Sicché il controllo della Corte dei conti sugli enti-impresa, nel contempo, si evolve ma rimanendo identico a se stesso: nei suoi fini e nei suoi essenziali contenuti e preservando le garanzie derivanti da una lettura dinamica e storicamente orientata della nostra Costituzione.

* * *